

JURISPRUDENCE

Civ. Namur (ch. cons.), 7 janvier 2004

Note d'observations de Séverine DUSOLLIER[1] ET DE PIERRE-YVES POTELLE[2]

A. et crts (17 prévenus)

SIMLOCKAGE DE GSM – LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE – OFFRES CONJOINTES – DÉSIMLOCKAGE DE GSM – DROIT D'AUTEUR – PROTECTION JURIDIQUE DES PROGRAMMES D'ORDINATEUR – NEUTRALISATION DES MESURES DE PROTECTION TECHNIQUE – FAUX INFORMATIQUE – HACKING – HACKER TOOLS.

Le désimlockage n'est pas interdit par un texte législatif. Il résulte des informations qui circulent en Belgique qu'il est licite de procéder au désimlockage d'appareils simlockés à l'étranger.

Le fait de désimlocker un GSM ne porte pas atteinte aux droits d'auteur des concepteurs de programmes informatiques qui y sont insérés, ni ne les modifie.

La prévention de hacking ne peut être retenue dans la mesure où aucun dommage n'a été constaté sur des milliers de GSM vendus.

La recherche de logiciel de désimlockage sur Internet, via des sites normalement accessibles, ne constitue pas l'infraction prévue à l'article 550bis, §§ 1 à 4, du Code pénal (hacker tools).

Réquisitoire

[...]

Inculpés d'avoir, à Namur, et de connexité ailleurs dans le Royaume et à l'étranger en qualité d'auteurs, coauteurs des infractions;

[...]

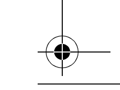
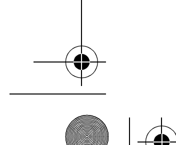
j) Désimlocké et vendu des milliers de GSM, désimlockés et reconditionnés le plus souvent dans des boîtes en carton blanches avec une photocopie du mode d'emploi, au préjudice notamment de Pascale Vandezande;

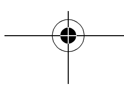
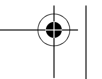
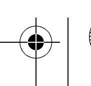
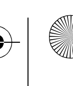
[...]

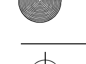
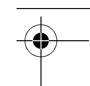
k) En contravention aux articles 5, 10, 11 de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, pour avoir porté atteinte aux droits des titulaires des droits d'auteurs sur les programmes informatiques insérés dans les différents GSM désimlockés et y avoir neutralisé les protections techniques au préjudice d'Erics-



1. Maître de conférences FUNDP, chercheuse au CRID.
2. Cullen International.

son, Nokia, Bouygues Telecom,

[...]

l) Commis un faux en s'introduisant dans un système informatique, en modifiant ou effaçant des données, qui sont stockées, traitées ou transmises par un système informatique, ou en modifiant par tout moyen technologique l'utilisation possible de données dans un système informatique, et par là avoir modifié la portée juridique de telles données, en l'espèce, modifié les données des systèmes informatiques de milliers de GSM en vue de les désimlocker ou de réinitialiser le code de sécurité, et avoir fait usage des données ainsi obtenues, tout en sachant que celles-ci sont fausses, au préjudice d'Ericsson, Nokia, Bouygues Telecom;

[...]

m) Accédé à un système informatique ou s'y être maintenu, en sachant qu'on n'y est pas autorisé, avec la circonstance que l'infraction a été commise avec une intention frauduleuse et que l'intervention a causé un dommage quelconque, même non intentionnellement, au système informatique ou aux données qui sont stockées, traitées ou transmises par ce système, en l'espèce, pour avoir désimlocké et réinitialisé des milliers de GSM, au préjudice d'Ericsson, Nokia, Bouygues Telecom;

[...]

n) Ordonné ou incité à la commission de l'infraction reprise à la prévention M, à savoir donné des instructions en vue d'effectuer le désimlockage ou la réinitialisation du code de sécurité de milliers de GSM, au préjudice d'Ericsson, Nokia, Bouygues Telecom;

[...]

o) Avec une intention frauduleuse ou dans le but de nuire, recherché, rassemblé, mis à disposition, diffusé ou commercialisé des données qui sont stockées, traitées ou transmises par un système informatique et par lesquelles les infractions prévues par l'article 550*bis*, §§ 1er à 4 du Code pénal peuvent être commises, en l'espèce, recherché et s'être procuré sur internet des logiciels permettant le désimlockage, au préjudice d'Ericsson, Nokia, Bouygues Telecom;

[...]

p) Dans le but de nuire, directement ou indirectement, modifié ou effacé des données ou avoir modifié par tout moyen technologique l'utilisation possible de données dans un système informatique avec la circonstance que la commission de cette infraction a totalement ou partiellement empêché le fonctionnement correct du système informatique concerné ou de tout autre système informatique, en l'espèce, pour avoir désimlocké ou réiniatialisé le code de sécurité de milliers de GSM en s'introduisant dans le logiciel des dits GMS, au préjudice d'Ericsson, Nokia, Bouygues Telecom;

[...]

q) En contravention aux articles 80 et 39 de la loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins, commis le délit de contrefaçon pour avoir sciemment et frauduleusement effectué un nombre indéterminé et au moins 800 à 1000 copies du mode d'emploi des GSM désimlockés vendus, au préjudice de Motorola, Ericsson et Nokia;

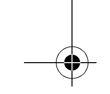
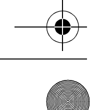
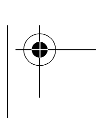
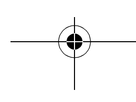
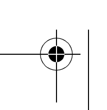
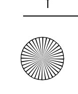
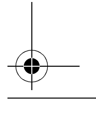
[...]

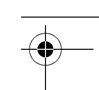
Ordonnance

[...]

Attendu que les chefs d'inculpations *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *i*, ne sont pas contestés;

Qu'il y a lieu à renvoi devant le tribunal correctionnel sous réserve de ce qui serait dit plus bas concernant la suspension du prononcé de la condamnation;



Attendu que les autres préventions sont contestées;

Attendu que le chef d'inculpation *j*, retenu par M. le procureur du Roi, à savoir que le désimlockage serait interdit par la législation belge;

Attendu certes que le simlockage, dès lors qu'il s'agit d'une pratique contraire à la loi du 14 juillet 1991, qui prohibe les offres conjointes, n'opère pas en Belgique;

Attendu toutefois que *a contrario il nous semble* que le désimlockage n'est pas interdit par un texte législatif; Attendu que du dossier des parties, il résulte que les informations qui circulent en Belgique confirment qu'il est licite de procéder au désimlockage d'appareils simlockés à l'étranger (voy. les informations reprises sur le site Internet astel.be: «ces opérations sont parfaitement en conformité avec la législation en vigueur en Belgique et sont acceptées par les opérateurs»);

Attendu que ce n'est qu'en mars 2002 que le réparateur agréé servi.com a annoncé un changement de politique en ce qui concerne les GSM d'origine étrangère qui étaient initialement simlockés, en annonçant qu'ils seraient, en cas de réparation, restitués simlockés: *a contrario* cela prouve qu'avant le 15 mars 2002, les GSM antérieurement simlockés ne faisaient l'objet d'aucun régime d'exclusion de la part des réparateurs officiels;

Attendu en outre qu'elles font remarquer que le simlockage n'est jamais définitif: les opérateurs prévoient parfois qu'après un certain temps d'utilisation, le client pourra demander le désimlockage, afin de changer d'opérateur;

Attendu qu'il apparaît – ainsi que l'a fait remarquer l'inculpée en termes de conclusions – qu'une confusion est manifestement née dans l'esprit des enquêteurs, qui ont confondu le déblocage de GSM de clients qui avaient oublié leur code de sécurité, et le désimlockage d'appareils, alors qu'il s'agit de deux opérations différentes;

Attendu par ailleurs, qu'il n'est pas établi par le dossier répressif que le désimlockage aurait plus d'effet sur le fonctionnement d'un GSM qu'un changement de la langue du menu de celui-ci;

Attendu qu'en ce qui concerne l'inculpation *j*, les éléments constitutifs de l'escroquerie visée par l'article 496 du Code pénal ne sont pas réunis;

Que les manœuvres frauduleuses font défaut dans le chef de l'inculpée;

Que cela résulte par essence du fait que – ainsi que précisé ci-dessus – le désimlockage n'est pas interdit – à notre sens – en Belgique;

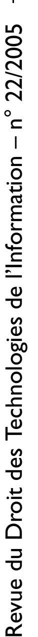
Que la prévention *j* reproche également à divers inculpés que les GSM reconditionnés ont été vendus dans des boîtes en carton blanches, avec une photocopie du mode d'emploi;

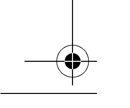
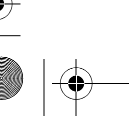
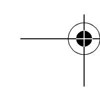
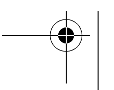
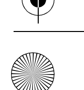
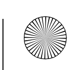
Attendu que les appareils qui ont été placés dans ces boîtes blanches étaient des appareils neufs en parfait état de marche; que ces appareils étaient des appareils dont rien ne pouvait révéler qu'ils avaient un jour été simlockés ou désimlockés et qui n'avaient fait l'objet d'aucune manipulation interne (réinitialisation);

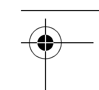
Que de toute façon la pièce 6 du dossier répressif établit que cette pratique a été expressément acceptée par Proximus qui a approuvé la publicité la mentionnant;

Que l'inculpée a mis en vente des produits qui correspondaient aux mentions reprises sur les emballages, sans procéder à la moindre tromperie des consommateurs;

Qu'il suffit d'observer pour s'en convaincre qu'un seul consommateur a émis une plainte, alors que l'inculpée a vendu





plusieurs dizaines de milliers de GSM par an;

Attendu que le ministère public ne rapporte pas la preuve que les achats de GSM effectués n'auraient pas été effectués par les consommateurs s'ils avaient su – ce que l'inculpée ignorait elle-même à l'époque – qu'un risque existait pour que le GSM acheté soit un appareil préalablement désimlocké;

Attendu que le chef d'inculpation *i* n'est pas établi à l'égard de tous les inculpés repris de ce chef au réquisitoire de M. le procureur du Roi, ci-contre;

Attendu que la prévention k ne nous paraît pas non plus établie; que l'article 5 de la loi du 30 juin 1994 assure une protection contre «la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation d'un programme ordinateur»;

Que le fait de désimlocker un GSM ne porte pas atteinte aux droits d'auteur des concepteurs de programmes informatiques qui y sont insérés;

Que le désimlockage est en effet une opération par laquelle on utilise une fonctionnalité prévue par le programme du GSM pour modéliser son utilisation;

Que le fait de débrancher cette fonctionnalité ne modifie pas le programme de l'ordonnateur;

Que l'opération de désimlockage n'est donc pas en contravention avec la loi du 30 juin 1994;

Que l'article 210*bis* du Code pénal est entré en vigueur le 13 février 2001;

Qu'il n'est pas démontré que les actes reprochés – à les supposer interdits par la loi – auraient été commis après le 13 février 2001;

Que la prévention *m* ne peut être retenue, dans la mesure où à l'exception d'une personne, aucun dommage n'a été constaté sur des milliers de GSM vendus;

Quant à la prévention *n* elle suppose également que le désimlockage soit une pratique interdite par la loi;

Attendu que la prévention o qui constitue la recherche de logiciel sur internet, via des sites normalement accessibles, ne constitue pas une prévention;

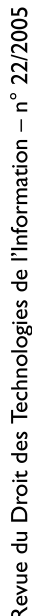
Attendu que la prévention *p* repose sur une affirmation inexacte selon laquelle les faits reprochés auraient empêché le fonctionnement correct du système informatique concerné;

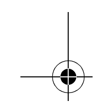
Attendu qu'en ce qui concerne la prévention *q* l'inculpée a reconnu qu'elle avait fait procéder à des copies du mode d'emploi en français ou en néerlandais afin que les modes d'emploi fournis à sa clientèle soient établis dans les deux langues nationales;

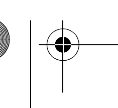
Que toutefois les conditions requises pour l'établissement du délit de contrefaçon prévu par l'article 80 de la loi du 30 juin 1994, ne sont pas établies en l'espèce pour les raisons suivantes:

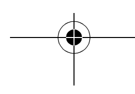
- il n'est pas établi que les personnes morales citées à la prévention sont bien les titulaires des droits d'auteur concernés;
- il n'est pas établi que ces personnes morales n'ont pas consenti aux actes reprochés à la concluante;
- le dol spécial requis par la loi n'est pas établi;
- la protection des droits d'auteurs ne peut recevoir d'effet lorsque une norme supérieure – en l'espèce les articles 81 et 82 du Traité UE – et la nécessaire libre circulation des marchandises supposent sa violation;

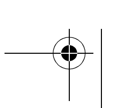
Que l'article 39 de la loi du 30 juin 1994 est quant à lui étranger aux faits reprochés;

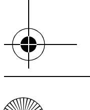


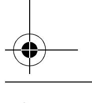


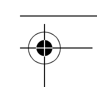












Attendu que l'application des articles 13 à 15 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce suppose qu'une réglementation spécifique existe, qui résulte d'un arrêté royal, et que cette réglementation n'ait pas été respectée;

Que tel n'est pas le cas en l'espèce;

Qu'il apparaît que les GSM qui ont été vendus correspondaient à la description qui en était faite sur les emballages;

Dispositif conforme aux motifs.

Note d'observations

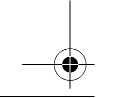
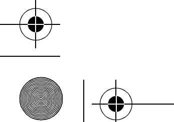
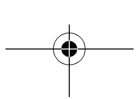
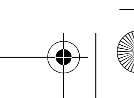
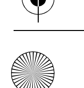
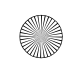
De la licéité du simlockage et du désimlockage de téléphones mobiles

Le désimlockage a beau avoir un nom barbare, il constitue pourtant l'un des actes d'une pratique répandue de revente de GSM à bas prix. La décision ici analysée, ordonnance de renvoi devant un tribunal correctionnel, illustre à merveille les divers délits qui composent cette chaîne criminelle. Une vingtaine de prévenus sont accusés d'avoir désimlockés des milliers de GSM et de les avoir revendus dans un autre emballage. La liste des préventions reprochées aux nombreux prévenus est impressionnante et va de fausses factures à la TVA, à des infractions au droit d'auteur et à la criminalité informatique. Seuls nous intéresseront ici les délits spécifiques à l'acte de désimlockage, au contraire de la décision qui délaisse quelque peu ces préventions spécifiques pour se concentrer surtout sur les délits fiscaux qui justifieront en définitive le renvoi de la plupart des prévenus devant la juridiction correctionnelle. Dans un premier temps, nous définirons et expliquerons en quoi consiste le simlockage des téléphones mobiles et comment s'effectue la neutralisation de ce mécanisme de verrouillage. Ensuite, nous envisagerons le régime juridique de l'offre conjointe et ses conséquences sur le simlockage des GSM. Enfin, nous analyserons le désimlockage au regard des diverses préventions sur lesquelles la décision a dû se prononcer. Pour ce faire, il faudra garder à l'esprit la nature de la décision commentée: simple décision de renvoi devant le tribunal correctionnel, l'ordonnance ne fournit pas une motivation très poussée sur les préventions pour lesquelles elle prononce le non-lieu, au contraire de ce qu'aurait fait une décision de fond. Le fait également que le tribunal prononce le non-lieu pour l'ensemble des préventions qui nous intéressent, ce qui signifie qu'elles ne feront plus l'objet d'une discussion devant la chambre correctionnelle, nous permet de prendre cette décision comme un prétexte pour discuter de la légitimité du désimlockage.

1. Le «SIM-lockage»

La carte SIM désigne la puce que l'on place dans un téléphone mobile et qui permet d'identifier personnellement l'utilisateur au réseau GSM sur lequel il compte effectuer ses communications. Cette puce, d'un type similaire à celle que l'on peut trouver sur les cartes bancaires de paiement, est un microprocesseur contenant quelques dizaines de kilo-octets de mémoire modifiable, non volatile.

La carte SIM détient des informations en lien avec l'abonné (numéro d'appel de l'abonné, messages reçus, annuaire, journal des appels). Elle contient un numéro d'identification, l'IMSI (International Mobile Subscriber Identity), qui permet d'identifier le réseau

auquel la carte appartient, c'est-à-dire le réseau de l'opérateur avec lequel l'utilisateur a souscrit une formule d'abonnement. Dès qu'elle est branchée, cette carte met ces informations à disposition du combiné. Elles peuvent alors être transmises sur le réseau, ce qui permettra de vérifier le statut d'un abonné et d'autoriser un niveau d'accès au réseau selon la formule d'abonnement souscrite.

Le simlockage est un système de verrouillage des téléphones mobiles. Suite au simlockage, les appareils se trouvent électroniquement bloqués pour ne fonctionner qu'avec les cartes SIM d'un seul fournisseur de service de télécommunications mobiles. Ce n'est donc pas la carte SIM qui est verrouillée mais bien le GSM qui ne pourra interagir avec un réseau de téléphonie mobile qu'à travers la carte SIM d'un opérateur de réseau déterminé (celui-là même qui a appliqué le code de verrouillage). Si on utilise la carte SIM d'un autre fournisseur dans le téléphone mobile, ce dernier fait apparaître un message d'erreur et le combiné ne peut pas fonctionner sur le réseau du nouveau fournisseur de service. La carte SIM quant à elle peut être utilisée dans un autre combiné non verrouillé.

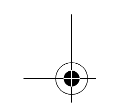
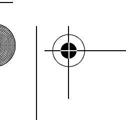
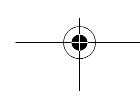
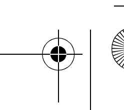
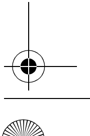
La raison qui pousse les opérateurs de téléphonie mobile à verrouiller les terminaux mis en vente est la possibilité de subsidier l'achat de ces appareils. Lors de la souscription à une formule d'abonnement, l'opérateur de téléphonie mobile peut proposer au consommateur un GSM à un prix bien inférieur au coût réel d'achat. L'opérateur attire de la sorte les abonnés potentiels tout en s'assurant la fidélité (forcée) de ces mêmes abonnés afin de récupérer le financement du combiné. Comme nous le verrons plus loin, ce système de subsidiation n'est toutefois pas encore autorisé en Belgique.

Certains opérateurs considèrent que le simlockage permet également de réduire la problématique du vol des combinés de téléphonie mobile : car le combiné volé ne pourra fonctionner que dans un pays déterminé et sur le réseau d'un seul fournisseur au sein de ce pays[3]. On peut objecter qu'un système plus efficace existe par l'utilisation des numéros d'identité propres à chaque téléphone mobile : l'IMEI (International Mobile Equipment Identity). Ce numéro de série unique de 15 chiffres attribué lors de la confection de chaque téléphone mobile est transmis sur le réseau téléphonique dès la mise en service d'un combiné. La norme GSM permet d'utiliser ces données au sein du système EIR (Equipment Identity Register) : il s'agit d'une base de données dans laquelle peuvent être répertoriés les numéros d'identification IMEI des téléphones mobiles volés, ce qui permet d'empêcher l'utilisation de ces appareils répertoriés sur quelque réseau que ce soit (à condition que l'opérateur ait décidé d'activer cette fonction). Depuis novembre 2002[4], le législateur belge impose à tous les opérateurs de téléphonie mobile l'utilisation de ce système.

2. Le simlockage au regard de la réglementation des offres conjointes

La pratique qui consiste à vendre des GSM simlockés lors de la souscrip-

3. Il pourrait être utilisé à l'extérieur de ce pays, mais seulement en payant des charges d'itinérance, réputées pour être assez élevées.
4. A.R. du 10 octobre 2004 modifiant l'A.R. du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM ; A.R. du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800 et A.R. du 18 janvier 2001 fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de troisième génération, *M.B.*, 1er novembre 2002.

tion à un abonnement de téléphonie mobile ne se rencontre pas en Belgique. C'est la conséquence du régime juridique belge des offres conjointes.

2.1. L'interdiction des offres conjointes

Lors d'une offre conjointe, le commerçant propose aux consommateurs, à titre gratuit ou non, un produit, un service ou tout autre avantage accompagnant un autre produit ou un service principal qui fait l'objet du contrat.

Cette pratique est en principe interdite. Le régime juridique est prévu aux articles 54 à 62 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur (LPC)[5]. L'interdiction a pour but de protéger le consommateur : attiré par l'offre globale faite par le commerçant, la vision du consommateur est faussée, l'offre globale occultant le prix réel du produit ou service principal[6]. Mais les petits commerçants peuvent aussi être désavantagés, n'ayant pas la capacité de créer de telles offres aussi facilement que leurs concurrents de grande taille, vu leur plus faible volume de transactions.

Pour être interdite, la pratique visée doit rassembler les trois conditions nécessaires à l'existence d'une offre conjointe : la présence de deux offres, l'une principale et l'autre subsidiaire, l'existence d'un lien forcé entre les deux offres et l'existence d'un avantage pour le consommateur à acquérir les offres de manière conjointe plutôt que de procéder à une acquisition séparée.

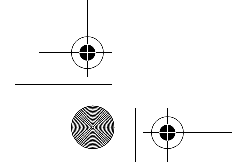
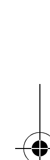
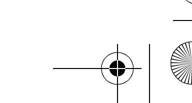
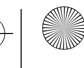
L'offre principale est celle que recherche le consommateur. L'offre subsidiaire n'est pas recherchée en premier lieu par le consommateur mais sa présence va contribuer à l'acquisition de l'ensemble des produits principal et secondaire. Dans le cas du simlockage des GSM, l'offre conjointe prendra la forme d'une offre d'abonnement aux services de l'opérateur mobile, accompagnée de l'offre subsidiaire d'un GSM proposé à un prix diminué.

L'existence du lien forcé signifie que « la réalisation de l'offre subsidiaire est subordonnée à l'acceptation de l'offre principale »[7]. L'obtention du téléphone mobile à prix réduit ne se fera que par la souscription à une formule d'abonnement déterminée par l'opérateur (et donc notamment aux conditions de durée d'abonnement fixées par lui).

Enfin, l'offre doit être avantageuse pour le consommateur. On entend par là que la conjonction des deux offres doit être plus intéressante que l'acquisition non conjointe de l'offre principale et subsidiaire. Ceci sera toujours le cas : l'offre faite par l'opérateur d'acquérir un GSM à bas prix va toujours constituer une offre plus intéressante que l'acquisition séparée de l'abonnement et d'un GSM.

L'hypothèse qui consiste à vendre à un consommateur un GSM simlocké, conjointement à la souscription d'un abonnement auprès d'un opérateur de téléphonie, ne se rencontrera donc pas en Belgique, la nécessité de verrouiller ces appareils afin de les subsidier étant impossible par l'interdiction de la vente conjointe.

5. *M.B.*, 29 août 1991.
6. F. LONGIS, *L'offre conjointe : la métamorphose? Régime actuel et perspectives en droit belge et européen*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 17.
7. Liège, 16 novembre 1993, *Ann. prat. comm.*, 1993, p. 236.

On doit toutefois souligner que la loi interdit l'offre conjointe faite au consommateur, c'est-à-dire à la personne physique ou morale qui acquiert ou utilise les biens/services à des fins non professionnelles. Qu'en est-il d'une offre d'abonnement de téléphonie mobile accompagnée de l'offre d'un ou plusieurs téléphones mobiles vendus pour un prix symbolique, si cette offre est faite à des professionnels? Cette offre est acceptable si l'on s'en tient au champ d'application de l'interdiction. On pourrait peut-être voir ici une possibilité pour les opérateurs de proposer des offres comprenant la fourniture de GSM simlockés[8].

2.2. Les exceptions à l'interdiction des offres conjointes

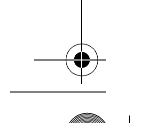
Si les offres conjointes sont interdites, la loi a toutefois prévu certaines situations où ces offres, bien qu'entrant dans la définition de l'article 54 de la LPC, sont autorisées (art. 55 à 57 de la LPC). Ces exceptions sont regroupées en trois catégories[9]: les offres conjointes d'ensemble à prix global, les offres de produits ou services identiques à prix global, certaines offres conjointes à titre gratuit.

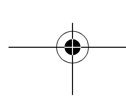
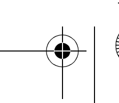
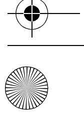
Nous n'envisagerons pas le cas des offres de produits ou services identiques car l'hypothèse étudiée est par nature composée d'éléments qui ne sont pas identiques[10].

Par offres conjointes à titre gratuit, on entend le cas d'une offre principale payante accompagnée d'une offre subsidiaire proposée à titre gratuit. La LPC prévoit de manière limitative les hypothèses où ces offres conjointes sont permises[11]. Sont envisagés dans cette catégorie: les accessoires spécialement adaptés au produit principal (art. 56, al. 1); les emballages utilisés pour la protection et le conditionnement des produits (art. 56, al. 2); les menus produits admis par les usages commerciaux (p. ex. une housse de GSM à l'achat de ce dernier[12]) ainsi que la livraison, le placement et l'entretien des produits vendus (art. 56, al. 3); les échantillons (art. 56, al. 4); les vignettes et autres images d'une valeur commerciale minime (art. 56, al. 5); les titres de participation à des tombolas autorisées (art. 56, al. 6) et les objets revêtus d'inscriptions publicitaires indélébiles et nettement apparentes, à condition que leur prix d'acquisition par celui qui va les offrir ne dépasse pas 5% du prix de vente du produit ou service principal avec lequel il est offert (art. 56, al. 7)[13]. Aucune des hypothèses prévues par la loi ne permet de couvrir le cas de l'offre gratuite d'un GSM accompagnant la souscription à un abonnement de téléphonie mobile. L'hypothèse la plus proche aurait été le cas des accessoires du produit principal: il s'agit ici d'offrir à titre gratuit, conjointement à un produit principal, les accessoires spécifiquement adaptés au produit principal. Toutefois, ces hypothèses s'appliquent pour des offres subsidiaires à un produit uniquement, non un service[14]. Dans le cas étudié, l'offre principale est constituée par l'abonnement, c'est-à-dire un service.

Reste le cas des offres conjointes d'un ensemble à prix global. La loi ne

8. Il faudra toutefois prendre en compte les dispositions de la LPC traitant de la vente à perte.
9. Voy. A. DE CALUWÉ, A.-C. DELCORDE et X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 17.40.
10. Art. 55, § 2, de la LPC. Pour plus d'explications sur les offres conjointes de produits ou services identiques, voy. A. DE CALUWÉ, A.-C. DELCORDE et X. LEURQUIN, *op. cit.*, n° 17.41.6.
11. Art. 56 de la LPC. Pour plus d'explications sur les offres conjointes de produits ou services identiques, voy. A. DE CALUWÉ, A.-C. DELCORDE ET X. LEURQUIN, *op. cit.*, n° 17.42.
12. Comm. Bruxelles (prés.), 28 décembre 1999, *DA/OR*, 2000, p. 159.
13. F. LONGIS, *op. cit.*, p. 34.
14. Comm. Liège (prés.), 27 septembre 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 360.



donne pas de définition de la notion d'« ensemble ». Sont visés des produits ou services qu'on trouve couramment vendus groupés car leur utilisation normale postule ce groupement, et qui appartiennent au même secteur d'activité commerciale[15]. Si on les trouve groupés, ils ne doivent pas pour autant être inséparables, ni que l'un des éléments soit considéré comme accessoire de l'autre.

Cet ensemble doit procurer un avantage au consommateur. Si ce n'était pas le cas, on ne serait pas face à l'hypothèse d'une offre conjointe prohibée. Mais dans le cas des offres d'ensemble, la présence d'un avantage pour le consommateur ne sanctionnera pas l'offre.

La notion d'ensemble est difficile à appréhender car elle doit être envisagée de manière flexible, évolutive. Il est hasardeux d'en donner une définition précise, mais c'est plutôt face aux faits et à l'évolution des usages que la jurisprudence décide si oui ou non une hypothèse doit être considérée comme un ensemble. On s'intéressera principalement au fait de savoir si, en pratique, on utilise les deux offres de manière groupée et si l'habitude de les proposer de manière groupée se généralise dans les pratiques commerciales. À ce propos, on soulignera qu'au début d'une pratique commerciale, on se trouvera toujours dans une période où il n'est pas habituel de proposer certains produits de manière groupée. Lorsqu'on sait que cette pratique a déjà été condamnée à de nombreuses reprises en Belgique, ne peut-on pas considérer que celle-ci se généralise ?

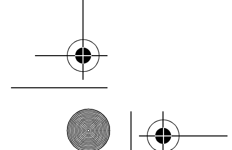
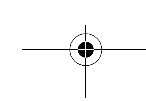
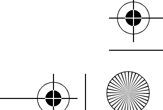
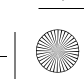
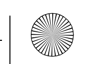
Jusqu'ici, la jurisprudence n'a pas accepté que la vente à bas prix d'un GSM lors de la souscription à un abonnement de téléphonie mobile puisse être considérée comme l'offre conjointe d'un ensemble. On peut s'interroger sur cette inflexibilité des juges[16]. Alors qu'on sait que, par exemple, l'offre d'une monture et de verres oculaires a été considérée comme un ensemble au sens de la LPC[17], tout comme l'offre de meubles de cuisine et des appareils électroménagers qui l'équipent[18].

La pratique de vente d'un abonnement de téléphonie couplée à la vente d'un GSM est-elle à ce point différente des hypothèses qui sont couramment acceptées ? Et le fait qu'elle ait déjà fait l'objet en Belgique de plusieurs recours ne signifie-t-il pas que cet usage s'est généralisé (ou au moins a tenté de se généraliser) ? Toujours est-il que cet usage n'est toujours pas accepté aujourd'hui.

On notera que plusieurs pays européens acceptent le mécanisme de subsidiation[19] et ceci sans pour autant laisser le consommateur sans protection : les mesures de verrouillage sont toujours temporaires et il est possible au consommateur de demander le désimlockage moyennant le paiement de frais raisonnables.

La future loi relative aux communications électroniques[20] aurait pu apporter

15. F. LONGIS, *op. cit.*, p. 26.
16. Voy. dans ce sens : Comm. Termonde (prés.), 21 juin 1998, *Ann. prat. comm.*, 1998, p. 318 ; Bruxelles, 13 juin 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 320 ; Comm. Malines (prés.), 30 mai 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 343 ; Comm. Termonde (prés.), 20 septembre 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 356 ; Comm. Liège (prés.), 27 septembre 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 360 ; Comm. Bruxelles (prés.), 9 novembre 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 368.
17. Comm. Malines (prés.), 4 août 1993, *Ann. prat. comm.*, 1993, p. 175.
18. Comm. Verviers (prés.), 5 juillet 1996, R.G. n° 96/15, cité dans F. LONGIS, *op. cit.*, p. 27.
19. C'est par exemple le cas en Allemagne, en France, en Italie, au Pays-Bas, en Espagne et en Angleterre.
20. Ce projet introduit à la Chambre des Représentants en novembre 2004 assure la transposition en droit belge du cadre réglementaire européen sur les communications électroniques adopté par les autorités européennes en 2003 (Projet de loi relatif aux communications électroniques, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51 1425/001).

un revirement en la matière. L'article 112 de ce projet de loi propose de considérer comme «ensemble», au sens de l'article 55 de la LPC, certaines offres commerciales faites dans le domaine des communications électroniques.

Selon cette disposition, il sera permis d'offrir conjointement pour un prix global avantageux, c'est-à-dire à un prix inférieur au total des prix respectifs de chaque service ou produit, «les services téléphoniques, Internet, télévisuels et/ou les produits intermédiaires interactifs offerts aux moyens d'une technologie intégrée par les vendeurs actifs dans le domaine des technologies des télécommunications, de l'information et des médias». L'élargissement du champ de l'article 55 de la LPC est accompagné d'une série de garanties quant à la protection du consommateur: durée maximale durant laquelle le consommateur est lié par l'offre conjointe, information du consommateur quant à l'avantage en termes de prix, disponibilité de manière séparée des éléments constituant l'offre.

L'article 112 ne permettra sans doute pas aux opérateurs de téléphonie mobile de proposer un ensemble constitué d'un téléphone mobile et d'un abonnement. L'objectif de cette disposition est de rendre possible l'offre de services convergents à des prix abordables. On vise ici le «triple play»: la combinaison au sein d'une même offre d'un service de téléphonie, de l'accès Internet et de la télévision grâce à l'utilisation d'une seule technologie. Ce type d'offre, qui devrait constituer la clé du développement futur des opérateurs de communications électroniques, est assimilé à un ensemble autorisé au sens de l'article 55, 1° de la LPC. Restera à voir comment seront appliqués les termes de cette disposition par rapport aux évolutions technologiques.

3. La licéité du désimlockage

Le principal intérêt de la décision publiée ici est d'envisager la légitimité du désimlockage au regard de diverses infractions pénales, relatives soit au droit d'auteur, soit à la criminalité informatique, pour finalement décider que l'acte de désimlockage ne satisfait aux conditions d'aucune de ces infractions. Il est également curieux de remarquer que le tribunal répète à l'envi que le désimlockage n'est pas contraire à la loi, avant même de procéder à l'analyse des préventions qui le concernent. Ainsi, plus d'une fois, l'ordonnance répète qu'«il nous semble que le désimlockage n'est pas interdit par un texte législatif». Mais n'est-ce pas l'examen des préventions qui devrait arriver à cette conclusion?

3.1. Le désimlockage comme infraction au droit d'auteur

Nombreux sont les chefs d'accusation, dans la décision, qui ont pour base soit un acte de contrefaçon, soit une infraction aux lois sur le droit d'auteur. On peut passer rapidement sur la prévention Q qui reproche à certains prévenus d'avoir «sciemment et frauduleusement effectué un nombre indéterminé et au moins 800 à 1000 copies du mode d'emploi des GSM désimlockés vendus».

L'ordonnance estime toutefois que les conditions de l'infraction de contrefaçon ne sont pas établies à la fois parce qu'il n'est pas prouvé que les sociétés de GSM, se prétendant victimes de l'infraction, soient les titulaires du droit d'auteur sur les modes d'emploi en question, et parce que le dol spécial de l'article 80 de la loi sur le droit d'auteur ne serait pas présent. Ce dernier argument est contestable car la loi sur le droit d'auteur fait de la violation

un délit pénal, dès lors qu'il s'agit d'une atteinte méchante ou frauduleuse au droit d'auteur. Ce dol spécial a été interprété par la jurisprudence et la doctrine comme ne requérant que la poursuite d'un but de lucre ou la négligence dans la recherche des autorisations des titulaires de droit, ce qui était certainement le cas en l'espèce.

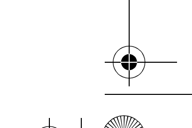
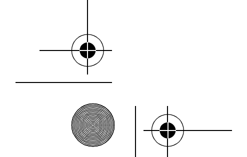
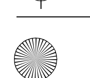
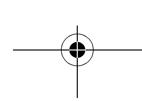
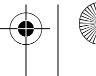
Il est également surprenant que la décision relève que «la protection des droits d'auteurs ne peut recevoir d'effet lorsqu'une norme supérieure – en l'espèce les articles 81 et 82 du Traité U.E. – et la nécessaire libre circulation des marchandises supposent sa violation». C'est un peu court. La coexistence du droit d'auteur et des règles communautaires de libre circulation des marchandises a fait l'objet d'un minutieux travail jurisprudentiel, tant au niveau national qu'au niveau communautaire, qui n'a pas conclu, loin s'en faut, à la suprématie des règles de libre circulation. Il est vrai que le recours à un droit d'auteur, par exemple sur des modes d'emploi, pour tenter de cloisonner des marchés, en dépit du principe de l'épuisement du droit de distribution de l'auteur, pourrait être considéré comme abusif[21]. Quoi qu'il en soit, la décision ne peut en conclure si rapidement à l'absence d'une atteinte au droit sur les manuels d'utilisation.

Plus intéressante est la prévention relative à la loi sur la protection des programmes d'ordinateur du 30 juin 1994. Prévention double qui se compose, d'une part, d'une atteinte directe au droit de l'auteur du programme et, d'autre part, de la neutralisation non autorisée des dispositifs techniques qui protégeraient ce programme d'ordinateur.

Dans les deux cas, la présence d'un programme d'ordinateur dans le GSM doit être vérifiée. L'on sait que la loi belge a préféré ne pas définir le programme d'ordinateur qu'elle protège. Il faut donc s'en référer au sens commun de logiciel, soit une série d'instructions, en langage informatique, ayant pour objet de permettre à un ordinateur ou à toute machine de fonctionner ou d'accomplir certaines tâches. Les téléphones mobiles contiennent un tel programme d'ordinateur, dont l'objectif est d'assurer le fonctionnement du GSM et de ses diverses applications. La carte SIM ne contient quant à elle que des données binaires destinées à être lues par le programme d'ordinateur contenu dans le GSM et transmises au réseau de télécommunications.

La présence d'un logiciel étant établie, l'acte de désimlockage lui porte-t-il atteinte? Les droits que la loi reconnaît à l'auteur d'un programme d'ordinateur sont notamment le droit de reproduction, permanente ou provisoire, ainsi que le droit d'adaptation et de transformation du programme. La décision considère que le «désimlockage est une opération par laquelle on utilise une fonctionnalité prévue par le programme du GSM pour modéliser son utilisation» et que la manipulation de cette fonction ne modifie en rien le programme d'ordinateur. L'ordonnance ne précise toutefois pas comment le GSM a été désimlocké. L'acte de désimlockage s'effectue généralement en introduisant le code permettant de déverrouiller l'appareil de téléphonie, ce qui ne paraît pas occasionner un acte de copie ou d'altération du logiciel qui gère le GSM. D'autres modes de désimlockage sont possibles, notamment dans l'ignorance du code de déverrouillage, mais aucun n'effectue de co-

21. Civ. Nivelles (cess.), 28 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 583; dans le même sens: Civ. Bruxelles (cess.), 21 janv. 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 198, note J. PUTZEYS. *Contra*: Bruxelles, 10 oct. 1997, *Ann. prat. comm.*, 1997-1998, p. 737, note A. STROWEL.

pie, même provisoire, du programme d'ordinateur intégré dans le téléphone.

Les prévenus étaient également poursuivis pour avoir «neutralisé les protections techniques» du programme d'ordinateur sur base de l'article 10 de la loi sur les programmes d'ordinateur du 30 juin 1994. Rappelons que cet article constitue la première application en Belgique de la protection par le droit de dispositifs techniques visant à contrôler l'accès, la copie ou l'utilisation d'une œuvre[22]. Cette disposition punit d'une amende les personnes qui «mettent en circulation ou détiennent à des fins commerciales tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation de dispositifs techniques qui protègent le programme d'ordinateur». L'ordonnance oublie toutefois de se prononcer sur cet aspect particulier de la prévention K. L'eût-elle fait, elle aurait eu du mal à considérer cette prévention établie, et ce pour de multiples raisons. Certes le GSM contient un programme d'ordinateur et l'opération de simlockage empêche le GSM, et donc le logiciel, de fonctionner sans la carte SIM en question. Mais ce processus de verrouillage n'a pas pour but de protéger le programme d'ordinateur, permettant le fonctionnement de l'appareil, ainsi que le requiert la loi sur les programmes, mais vise à interdire l'utilisation du GSM sur un autre réseau que celui de l'opérateur auquel appartient la carte SIM. Le but de la protection technique n'est donc pas à strictement parler la protection du programme en tant qu'œuvre protégée par le droit d'auteur, mais la sauvegarde d'un marché. La seule présence d'un logiciel dans le mécanisme ne pourrait pas, selon nous, donner prise à l'application de l'infraction prévue dans la loi. Aux États-Unis, la jurisprudence a appliqué, d'une manière fort contestable, des dispositions similaires à des protections techniques d'ouverture de portes de garage ou à des imprimantes, en raison de la seule présence d'un logiciel dans le mécanisme de verrouillage. Cette extension dommageable du champ d'application des dispositions anti-contournement est possible en Europe, et le désimlockage pourrait en fournir une illustration, si l'on ne prend pas garde à réserver la protection de la loi aux actes de neutralisation de dispositifs techniques de protection s'effectuant dans une logique de droit d'auteur.

Ensuite, la loi sur les programmes d'ordinateur ne condamne pas l'acte de neutralisation lui-même (l'acte de désimlockage si on considère que le simlockage est un procédé technique protégeant un logiciel), mais uniquement la commercialisation de dispositifs qui permettent ou facilitent un tel contournement. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce, rien n'indiquant que les prévenus aient diffusé des moyens visant à désimlocker les GSM.

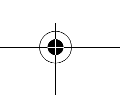
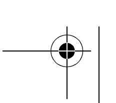
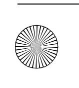
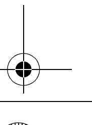
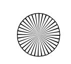
3.2. Le désimlockage comme délit informatique

Les actes de désimlockage accomplis par les prévenus sont également poursuivis du chef de plusieurs infractions de la loi sur la criminalité informatique. Aucune de ces préventions n'est établie selon l'ordonnance.

Rappelons que ces délits propres à la criminalité informatique requièrent tous la présence d'un système informatique, cible des agissements répréhensibles. Pour chacune de ces préventions, le juge aurait dû au préalable vérifier si le logiciel et la carte SIM qui ont fait l'objet du désimlockage peuvent être

22. Sur ces dispositions, voy. S. Dusollier, *La protection des œuvres par la technique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005, nos 67 et s.

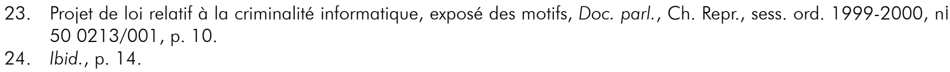


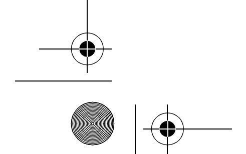







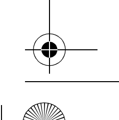
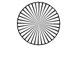
qualifiés de système informatique. La loi ne définit pas la notion mais les documents parlementaires renvoient à la définition qu'en donne le Conseil de l'Europe. Dans la Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001, le système informatique est défini comme «tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un programme, un traitement automatisé de données». L'ensemble du logiciel opérant le GSM et de la carte SIM constitue-t-il un système informatique ainsi défini? La réponse nous semble affirmative, bien que l'on puisse regretter qu'une telle définition rende le champ d'application de la criminalité informatique bien large.

Revenons-en à la liste des préventions reprochées. En premier lieu, l'acte de désimlockage peut-il être qualifié de faux informatique, défini par l'article 210*bis* du Code pénal comme l'introduction de données dans un système informatique, la modification ou l'effacement de données qui y sont stockées, traitées ou transmises, ainsi que la modification par tout moyen technologique de l'utilisation possible des données dans un système informatique dans le but de modifier la portée juridique de telles données (prévention L)? L'ordonnance considère que cette prévention n'est pas établie, l'acte de désimlockage n'ayant pas été accompli, semble-t-il, après l'entrée en vigueur de la loi introduisant ce nouveau délit dans le Code pénal. Pour que la prévention de faux informatique soit justifiée, il aurait également fallu que l'introduction ou la modification des données informatiques résultant du désimlockage altère la portée juridique de ces données[23]. Le code de déverrouillage est-il constitutif d'un tel «mensonge» juridique? Les documents parlementaires de la loi relative à la criminalité informatique mentionnaient par exemple le faux en matière de «contrats numériques»[24], sans préciser ce qu'ils entendaient par là. Cela pourrait-il couvrir la falsification d'un code permettant d'échapper à un opérateur en dépit d'un contrat passé avec ce dernier? Rien n'est moins sûr et le principe d'interprétation restrictive du droit pénal incite à la prudence.

Certains prévenus sont également poursuivis du chef de *hacking*, soit, selon l'article 550*bis* du Code pénal, pour avoir accédé à un système informatique ou s'y être maintenu, en sachant qu'ils n'y sont pas autorisés (prévention M). Deux circonstances aggravent cette prévention, l'intention frauduleuse, d'une part, et la commission d'un dommage, même non intentionnelle, aux systèmes informatiques ou aux données qui y sont stockées, d'autre part. Pour conclure au rejet de cette prévention, l'ordonnance se contente de relever qu'aucun dommage n'a été occasionné aux GSM vendus. Mais il ne s'agit que d'une circonstance aggravante du délit de *hacking* et non d'un des éléments matériels constitutifs de l'infraction. L'infraction d'accès non autorisé est en effet réalisée même en l'absence de tout préjudice. Par contre, le *hacking* ne nous semble pas caractérisé en l'espèce dans la mesure où le désimlockage ne constitue en aucune manière un acte d'accès ou de maintien non autorisé dans un système informatique. Celui qui déverrouille le codage du GSM ne fait ainsi qu'utiliser l'appareil sur un réseau auquel il n'avait pas accès jusqu'alors avec ce téléphone simlocké. Le seul accès que le désimlockage permet est l'accès à un


23. Projet de loi relatif à la criminalité informatique, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50 0213/001, p. 10.
24. *Ibid.*, p. 14.



réseau de télécommunications qui ne peut être qualifié de «système informatique», et encore moins d'accès non autorisé.

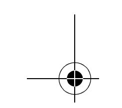
Dans la mesure où ces prévenus et d'autres ont aussi mis à disposition ou recherché sur l'internet des dispositifs permettant un tel accès non autorisé, autrement appelés *hacker tools,* ils répondent également du délit prévu au § 5 de l'article 550*bis* précité (prévention O). Ici aussi, la décision commentée fait preuve d'un laconisme remarquable considérant que cette «recherche de logiciels sur Internet, via des sites normalement accessibles, ne constitue pas une prévention». Sans doute cette formulation signifie-t-elle que le Code pénal, au titre de la «recherche de données par lesquelles un [*hacking*] peut être commis», ne vise que la fabrication de systèmes de *hacking* et non la simple recherche ou demande de tels dispositifs illicites par des *hackers* en puissance. Il nous semble en effet que la logique de cette infraction vise les actes de mise au point et de diffusion auprès du public de dispositifs illicites, et non la réception de ces dispositifs par un utilisateur, ce qui explique que la simple recherche sur l'internet de *hacker tools*, ne devrait pas être assimilée à l'infraction.

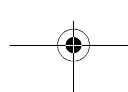
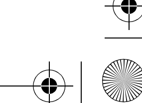
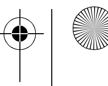
Enfin, la prévention P fait appel à l'article 550*ter* du Code pénal, relatif au sabotage informatique, soit à la modification ou à l'effacement des données ou à la modification de leur utilisation possible afin d'empêcher le fonctionnement correct du système informatique. L'on comprend sans peine que ce délit, qui vise normalement les virus informatiques, ne s'applique pas en l'espèce. Le but du désimlockage est bien entendu de modifier le fonctionnement du GSM afin d'en permettre la connexion avec un réseau d'un opérateur concurrent, mais cela n'handicape le fonctionnement correct de l'appareil en aucune manière, ce que relève à juste titre la décision analysée.

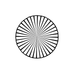
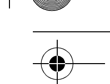
La fraude informatique définie par l'article 504*quater* du Code pénal comme le fait de «se procurer, pour soi-même ou pour autrui, un avantage patrimonial frauduleux en introduisant dans un système informatique, en modifiant ou en effaçant des données qui y sont stockées, traitées ou transmises par un système informatique, ou en modifiant par tout moyen technologique l'utilisation possible des données dans un système informatique» ne se retrouve pas dans la liste des préventions. Pourtant cette infraction de fraude informatique pourrait trouver à s'appliquer au désimlockage. L'introduction d'un code permettant de déverrouiller le GSM vise en l'espèce à revendre ces GSM acquis à bas prix, ce qui pourrait être considéré comme un avantage patrimonial frauduleux. Il est étonnant que cette infraction n'apparaisse pas dans le réquisitoire du ministère public qui avait pourtant écumé largement les infractions informatiques du Code pénal pour tenter de sanctionner le désimlockage. Cela laisse en tout cas le commentateur sur sa faim, une pièce essentielle manquant dans l'analyse que l'ordonnance fait de la légitimité de ces actes de déverrouillage.

4. Conclusion

Bien que la possibilité de simlocker des GSM ne soit pas autorisée en Belgique, les actes de désimlockage de GSM acquis à l'étranger dans le but de les revendre y sont fréquents. L'ordonnance commentée ici ne parvient toutefois pas à démontrer que cet acte de désimlockage constitue une infraction, que ce soit relativement au droit d'auteur sur le programme d'ordinateur, inséré dans le téléphone, ou à la



loi sur la criminalité informatique. Seule peut-être la fraude informatique, non envisagée par le réquisitoire du ministère public, aurait pu être rencontrée en l'espèce. Le champ de la criminalité informatique se verrait toutefois interprété de manière large, touchant un acte *a priori* anodin, celui d'introduire un code dans un téléphone mobile. Encore faudrait-il qu'un avantage patrimonial frauduleux soit ainsi acquis.

Dans l'attente d'une décision de fond qui confirmerait cette possible incrimination du désimlockage par la fraude informatique, illustrant ainsi la limite qu'appose le droit de la criminalité informatique au pouvoir de la technologie, il faut rester prudent quant à la licéité des actes visant à manipuler le verrouillage des téléphones mobiles, licéité en faveur de laquelle se prononce la décision analysée.



